

sie pönaler Natur sind, die bei anderen Pönalobligationen ipso jure eintretende Wirksamkeit des aufhebenden pactum hier nicht in gleicher Weise stattfindet. [12])

(Schluß im nächsten Heft.)

XVII.

Ueber Ausführung des Princips der Mündlichkeit im bürgerlichen Prozesse.

Von

Herrn **Gerau**,

Hofgerichtsrath in Darmstadt.

Die deutschrechtliche Form der schriftlichen Prozeßverhandlung, wenn gleich in mehreren Staaten, insbesondere im Großherzogthum Hessen, durch neuere verbessernde Gesetze zu

---

12) Pacto decidi non potest. Paul, R. S. I. 19. §. 2.; vergl. Franke, Tübing. krit. Zeitschr. IV. H. 1. S. 46 ff. C. Sell, in dessen Jahrb. II. S. 63. Bei der furti actio, wo, ebenso wie bei der injur. actio, ein Paciscirен mit dieser Wirkung möglich ist (oben §. 7. Note 2. 3.), geht die intentio der Formel auf eine pro fure damnum decidere oportere. Gaj. J. IV. 37; und wenn ein Sklave gestohlen hatte, war, abgesehen von der abweichenden Meinung einiger römischer Juristen, nur der bonae fidei possessor und nicht der dominus als solcher zur Einlassung auf die Noralklage gehalten (L. II. D. de nox. act. 9. 4. L. 12. C. de furtis 6. 2.). Beides vereint, deutet darauf hin, daß das furtum nicht eine unmittelbare Schuld des Thäters, sondern nur eine Nothwendigkeit, seine pecunia gegen den Anspruch des Bestohlnen zu defendiren, begründete. — Diese der Natur einer reinen Pönalklage durchaus entsprechende Auffassung, die ihr den Character der Sponsionsverhaftung verleiht (unten §. 13. Note 11 ff.), wurde indeß bei der zugleich reipersecutorischen aquilischen Klage nicht festgehalten, so daß durch das damnum injuria datum des Sclaven immer der dominus verhaftet wurde (L. 27. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.), und der Sclave hier in der That eine Obligation zum dare, dem Träger einer pecunia gleich, begrundete (im Resultate damit übereinstimmend: m. Identität S. 54. 55. Note 36). — Daß die Leistung bei Delictsobligationen ein praestare sei: Savigny, Syst. V. S. 598, paßt jedenfalls nicht für den letztern Fall.

einem hohen Grade technischer Vervollkommung erhoben, und von mehreren in den gemeinrechtlichen Quellen wurzelnden Mängeln gereinigt, kann bei den gegenwärtigen Formen des Staatslebens künftig um so weniger mehr befriedigen, als ihr zwei nur an die Mündlichkeit geknüpfte Grundbedingungen einer natürlichen zweckentsprechenden Rechtspflege: Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit, letztere mit dem Erfolge vermehrter Gleichzeitigkeit des gegenseitigen Vorbringens und der Reinheit der richterlichen Auffassung mangeln. Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Verhandlungen auch im bürgerlichen Processe ist darum allgemein als künftige Grundform des Verfahrens gefordert und zugesichert. Der größeren Mehrheit derjenigen aus deren Munde das Verlangen nach Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens ertönt, mangelt indeß das klare Bewußtsein der möglichen verschiedenen Ausführungsweise dieser Form der Verhandlung und der an die verschiedene Durchführungsweise geknüpften wichtigen und durchgreifenden Erfolge, die Meisten sind vielmehr in mannichfachen Täuschungen befangen. So wie man sich in den Ansichten und Erwartungen über die Folgen der Veränderungen in den Gesetzen und Formen des öffentlichen Lebens, welche die neueste Zeit uns gebracht hat, vielfach getäuscht, und nach den bisherigen Erfahrungen die Ueberzeugung gewonnen hat, daß man mit Neuerungen im Staats und Rechtsleben nur mit großer Besonnenheit an der Hand der Erfahrung zu Werke gehen und hierbei nationale Bedürfnisse und Gewohnheiten nicht unbeachtet lassen soll, daß das Tadeln und Umreißen leichter als das Wiederaufführen eines besseren Werkes ist, so wird es auch mit den bevorstehenden Neuerungen in der Rechtsverwaltung ergehen. Die Gebrechen des Bestehenden kennt man, sie werden mit Verdruß empfunden, das Gute des Bestehenden wird übersehen, die Mängel neuer organischer Einrichtungen kennt man aus Erfahrung nicht, sie zeigen sich dem unerfahrenen Auge erst hinten nach.

Zu den vielfach angepriesenen aber erträumten Vortheilen des in der richtigen Ausführung sehr hochzuachtenden

mündlichen und öffentlichen Gerichtsverfahrens hat man ziemlich übereinstimmend auch die größere Wohlfeilheit der Rechtsverwaltung gezählt; schon ist man aber seit dem kurzen Bestehen des Instituts des Geschwornen-Gerichts von diesem Irrthum enttäuscht und vom Gegentheile überrascht worden.

Im Großherzogthum Hessen mußten bereits Appellationsgerichte, aus deren Mitgliedern die Assissenhöfen gebildet werden, ohnerachtet ihnen durch die mit Aufhebung des bisherigen privilegirten Gerichtsstandes der Adeligen der Staats- und Großherzoglichen Hofdiener in Verbindung stehende Entziehung aller Erstinstanz Geschäfte in bürgerlichen Rechtssachen eine erhebliche Geschäftserleichterung erwachsen ist, im Richterpersonal bedeutend vermehrt werden. Der bekannte Proceß wegen Ermordung der Gräfin Görlitz hat z. B. während der Verhandlung vor den Geschwornen 6 Richter, 2 Gerichtsschreiber, 1 Staatsanwalt und 2 Vertheidiger fünf Wochen ausschließlich beschäftigt.

Eine Proceßgesetzgebung, welche sich einer ausschließlich idealen und theoretischen Auffassung überläßt, an strenger Durchführung doctrineller Ansichten festhält, ohne dabei die Erfahrung und Bedürfnisse des praktischen Rechtslebens zu beachten, erreicht ihren Zweck nur sehr unvollkommen. Der bürgerliche Proceß ist Erzeugniß und unvermeidliches Zubehör des wirklichen Rechtslebens, seine Anordnungen müssen darum auch die Bedürfnisse und Anforderungen des practischen Rechtslebens gebührend beachten. Zweck der Rechtsverwaltung ist: Verwirklichung des wahren materiellen Rechts in einem dessen Erreichung genügend sichernden, dabei möglichst einfachen und nicht zu kostspieligen Rechtsgange. Die Rücksicht auf hinreichende Sicherung des wahren materiellen Rechts, sowie die Rücksicht auf möglichst rasche Erreichung desselben in einfachem unkostspieligem Rechtsgange sind neben einander wesentlich, müssen gleiche Beachtung finden. Diesem Haupt- und Endzwecke gegenüber erscheinen die verschiedenen Systeme und Grundformen des Verfahrens nur als verschiedene Mittel und Wege nach dem Haupt-

ziele, sie bleiben jenem Hauptzwecke untergeordnet und können ihrem höheren oder geringeren Werth nur in dem Maaße behaupten, als sie den Hauptzweck mehr oder minder fördern.

Diese Sätze behaupten ihre allgemeine absolute Geltung bei jeder Nationalität; denn sie beruhen in Vernunft, im Begriffe des Rechts und in der Idee des Staats. Wenn statt dessen bei manchen Anfängern des rein französischen Systems gerade umgekehrt von vornherein die Mündlichkeit als ein Selbstzweck postulirt wird, so kann ich hierin nur eine unrichtige Auffassung erkennen.

Gegenüber den schon vernommenen Bemerkungen, nach welchen diesem gerne vorgeschobenen Selbstzwecke in dem individuellen Character der französischen Nation eine Stütze verliehen werden will [1]) kann ich mich auf die Entgegnung beschränken, daß ich eines Theils zu dem Scharfsinne und praktischen Tacte der französischen Rechtsgelehrten zu hohes Vertrauen hege, um zu besorgen, daß sie dem Satze, daß die Mündlichkeit nur als Mittel zu einer guten Rechtsverwaltung aufzustellen sei, ernstlichen Widerspruch entgegensetzen würden, und daß jenes Argument wenigstens nicht für ein wissenschaftliches und nicht für ein, auf die deutsche Nationalität Anwendung leidendes gelten kann.

Ein denkender unbefangener Gesetzgeber wird darum sein Augenmerk nicht sowohl auf eine streng consequente, als auf eine am meisten dem Zwecke der Rechtsverwaltung entsprechende Durchführung des Princips der Mündlichkeit richten. Hierin besteht eine große Aufgabe einer Gesetzgebung und sie führt zur Nothwendigkeit klarer Auffassung und Prüfung der Erfolge der verschiedenen Systeme der Durchführung.

Das Princip der Mündlichkeit beruht nach der theoretischen Auffassung in einer solchen Einrichtung des Verfahrens, in Folge deren alle Verhandlungen welche der Entscheidung zur Grundlage dienen sollen, also Angriff, Vertheidigung, Beweisführung und Rechtsbegründung vor den Richtern,

1) Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Proceßrechts S. 263.

welche das Urtheil fällen sollen, selbst und zwar mündlich geführt werden. Gewiß ist es, daß das Princip der Mündlichkeit in diesem strengen Sinne und Umfange in keiner Gesetzgebung, namentlich nicht im bürgerlichen Processe, durchgeführt werden kann, vielmehr Modificationen eintreten müssen.

Die menschliche Auffassungsgabe nnd Gedächtnißkraft reicht nicht hin um in einer einigermaaßen ausgedehnten Sache bei ausschließlich mündlichem Vortrage den Inhalt der Verhandlungen so erschöpfend und gründlich sich anzueignen um daraufhin ein den dargelegten Sachverhältnissen völlig entsprechendes Urtheil zu fällen. Im bürgerlichen Processe stehen sich Bürger mit Privatrechten gegenüber, es muß hier das Princip des Eingeständnisses und Verzichts Geltung erhalten, an welche sich wichtige Consequenzen und Rechte knüpfen, die zur Nothwendigkeit des formalen Rechts führen. Das formale Recht kann aber der flüchtigen verhallenden Rede und dem Gedächtniße der Richter allein nicht anvertraut werden. Verbindung der Schrift als bleibenden Zeugnißes der thatsächlichen Ergebnisse der Verhandlungen mit dem mündlichen Vortrage ist darum ein absolutes Erforderniß einer zweckentsprechenden Proceßverhandlung. Die Verbindung der Schrift mit dem mündlichen Vortrage in der Proceßverhandlung ist in verschiedener Weise ausführbar. Zwei entscheidende Grundgedanken treten hier hervor, nämlich: Ob bei dieser Verbindung der eigentlich entscheidende Proceß in der schriftlichen oder in der mündlichen Verhandlungen beruhen soll. In der Auffassung und Lösung dieser Frage weichen die Ansichten der Rechtsgelehrten und Gesetzgebungen sehr von einander ab, es führt die verschiedene Auffassungsweise hierauf einen weit auseinander gehenden Scheideweg, zu zwei wesentlich verschiedenen Systemen mit das ganze Verfahren durchdringenden abweichenden Folgen.

Die französische Proceßgesetzgebung hat das letzte der beiden bezeichneten Systeme aufgenommen. Nach ihr finden die praeliminären und vorgängigen schriftlichen Mittheilungen unter den Parteien außerhalb Gericht statt, jedoch

muß jede Partei in der Sitzung dem Gerichte eine kurze Entwickelung der factischen und rechtlichen Momente des Rechtsstreites mit einem Schlußantrage schriftlich übergeben, eben so muß jeder im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellt werdende neue Antrag schriftlich übergeben werden, die Beweise werden in der Regel, mit Ausnahme der in summarischen nicht appellabeln Sachen erhobenen, schriftlich aufgezeichnet, das Urtheil wird schriftlich redigirt. Der eigentliche Proceß besteht aber immer — vom Contumacialverfahren abgesehen — um mich der Ausdrücke eines französischen Rechtsgelehrten[2]) zu bedienen — in dem gleichzeitigen mündlichen Verhandeln beider Parteien dem entscheidenden Richter, der nunmehr ganz unbekümmert der Anträge, die in den Acten liegen, nur darüber entscheidet, worüber gefragt ist, in der Regel nie weiter, aber darüber erschöpfend.

Beinahe alle neueren Gesetzgebungswerke haben dagegen das erste der beiden benannten Systeme, zuerst die Großh. Badische Proceßordnung vom Jahre 1832, sich angeeignet, also die entscheidende Grundlage für das richterliche Erkenntniß hauptsächlich in die vorgänige schriftliche Verhandlung gelegt. An dieses zuletzt erwähnte System knüpft sich die natürliche Folge, daß die Schrift nur für kurze Darlegung des Thatsächlichen und der Anträge bestimmte mündliche Schlußverhandlung aber auch in so weit im Thatsächlichen vorherrschende Bedeutung erhält, als in solcher Zugeständniße abgelegt, oder thatsächliche Anführungen so wie veränderte Anträge ausnahmsweise nach besonderen Gründen zugelassen und gemacht sind.

Hier behaupten also Schrift und mündlicher Vortrag neben einander ihre selbstständige Bedeutung.

Jedes dieser beiden verschiedenen Systeme stützt sich auf ganz verschiedene Auffassung, und führt darum auch zu we-

2) Dernburg, a. a. O. S. 265.

sentlich verschiedenen das ganze Verfahren durchdringenden Consequenzen, worüber später das Weitere.

Zur Inconsequenz und inneren Widersprüchen führt das Streben der Vermischung dieser beiden Systeme. Solche widernatürliche Verbindung findet sich in dem nicht zur Gesetzeskraft gelangten bairischen Entwurfe einer bürgerlichen Proceßordnung vom 1831. Dieser Entwurf läßt außergerichtliche Proceßinstruction unter den Anwälten zu, verlangt, daß in den außergerichtlich gewechselten Schriften alles thatsächliche, was in der Audienz in mündlicher Rede geltend gemacht werden will, aufgenommen werden soll, er läßt jedoch Abweichungen von dem in den vorangewechselten Schriften vorgebrachten und neue thatsächliche Anführungen ohne Beschränkung in der mündlichen Verhandlung zu, überweiset aber derjenigen Partei, welche solche neue thatsächliche Anführungen in der Audienz macht die dadurch entstehenden Kosten in dem Falle, wenn dadurch neue Verhandlungen und anderweite Sitzungen veranlaßt worden. Eine ihrer Aufgabe und des zu verarbeitenden Stoffs sich genügend bewußte Gesetzgebung hat sich demnach für Annahme des einen oder des anderen dieser sich gegenüberstehenden Systeme mit den daran geknüpften Consequenzen zu entscheiden. Wenn die Gesetzgebung bei der Verbindung der schriftlichen Verhandlung mit dem mündlichen Vortrage den eigentlichen Proceß, also die eigentliche Grundlage der Entscheidung, in den schriftlichen Theil der Verhandlnng verweißt, dadurch also eine feststehende Basis für die nachfolgende mündliche Verhandlung und für das Urtheil bilden will, da kann und soll sie Vollständigkeit im Wesentlichen der Thatsachen und Bestimmheit für die schriftlichen Vorträge, die für die Gerichte und deren Entscheidung bestimmt sind, vorschreiben, sie kann der Beweißführung möglichste Ausdehnung gestatten, sie ist durch dieses System zur Peremtorietät der Fristen für das Parteienvorbringen und folgeweise zum Eventualprincip hingedrängt. Wenn aber die Gesetzgebung der mündlichen Verhandlung den Caracter des eigentlichen die Entscheidung des Gerichts beherrschenden Pro-

cesses beilegt, so kann und hat sie nur dahin zu trachten, daß die Parteien nicht unvorbereitet und nicht unbekannt mit den gegenseitigen Angriffs und Vertheidigungspuncten und Gründen zur Vornahme dieser mündlichen Verhandlung vor Gericht erschienen, sie muß darauf Bedacht nehmen, daß die Beweisführung möglichst einfach wird, sie kann und muß dem beidertheiligen mündlichen Vorbringen ausgedehnte Elasticität gewähren.

Das System vorherrschender Geltung der mündlichen Verhandlung führt also zur außergerichtlichen Proceßinstruction zum Zwecke der Vorbereitung der Parteien für die künftige mündliche Verhandlung, zur Unausführbarkeit der Peremtorietät der Fristen und Unanwendbarkeit des Eventualprincips, zur Formalisirung der Beweißmittel mit Beschränkung des Zeugenbeweises, und in Folge hiervon zur Nichtbebeschränkurg der Beweißführung auf eine bestimmte Frist, zum Gantverfahren ohne perentorische Gläubiger Ladung und ohne den Character der Universalität, und endlich zur freien Vertheidigung in höherer Instanz ohne Beschränkung der Verhandlungen auf Prüfung des angefochtenen unterrichtlichen Erkenntnisses nach Maasgabe des Vorbringens in erster Instanz. Dieses System ist das des französischen Processes, es ist eine consequente Folge der Art der Durchführung des Princips der Mündlichkeit.

Die Ausführung des Princips der Peremtorietät und Eventualität ist nicht anders möglich namentlich bei der Proceßführung durch Anwälte vor Collegialgerichten, als in Verbindung mit einer der mündlichen Verhandlung in der Audienz vorangehenden schriftlichen und zwar v e r p f l i c h t e n d e n Darstellung des wesentlichen in der Audienz geltend gemacht werden wollenden gesammten thatsächlichen Vorbringens und der Anträge beider Parteien, und mit einer n a c h f o l g e n d e n g e t r e u e n b e w e i ß k r ä f t i g e n Aufzeichnung der beidertheiligen veränderten erheblichen thatsächlichen Vorbringen und der veränderten Anträge während der mündlichen Verhandlung wodurch aber die mündliche Verhandlung ihre ausschließende Geltung verliert.

Eine gesetzliche Bestimmung, daß in der Regel nur diejenigen thatsächlichen Behauptungen und Anträge in dem mündlichen Vortrage in der Audienz vorgebracht werden dürfen, welche und wie sie in den Parteien resp. in den hierauf gestützten bei Beginn der Audienz dem Gerichte mitzutheilenden schriftlichen Darlegungen und Anträgen enthalten sind, enthält also eine Verletzung des Princips vorherrschender Mündlichkeit, ein Aufgeben dieses Systems, und steht mit Grund und Zweck der außergerichtlichen Proceßinstruction in Widerspruch. Eine Gesetzgebung, welche die Mündlichkeit der Verhandlung aufnimmt, muß also eins oder das andere dieser beiden Systeme mit den daran geknüpften kurz angedeuteten Consequenzen annehmen, indem eine Uebertragung von Folgen des einen Systems in das Andere zu innern Widersprüchen und Unzuträglichkeiten führt.

In dem ich diese Ueberzeugung ausspreche, bin ich jedoch keineswegs der Ansicht, daß man mit dem Princip der Mündlichkeit auch die Ausführungsweise der französischen Gesetzgebung, also das französische System wesentlich vorherschender Bedeutung der mündlichen Verhandlung mit seinen nothwendigen Consequenzen annehmen solle. Im Gegentheile habe ich die Ueberzeugung gewonnen, daß die Verbinbindung der Mündlichkeit mit dem schriftlichen Verfahren unter Beibehaltung der durch Erfahrung erprobten Grundprincipe des deutschen Proceßrechts, also die in der badischen Proceßordnung festgehaltene Ausführungsweise, nach welcher die eigentliche thatsächliche Grundlage der Entscheidung in dem vorbereitenden schriftlichen Theile der Verhandlung beruht, die mündliche Verhandlung sonach nur den, wenn gleich in bestimmten Gränzen gleichfalls entscheidenden, Schluß bildet, den Vorzug verdient.

Ich bin zur bestimmten Ansicht gelangt, daß dießes System der Durchführung der Mündlichkeit ein Resultat liefern wird, welches am meisten den besonnenen Ansichten der Zeit, den Zwecken der Rechtsverwaltung nach deutschem Rechtsbedürfnisse, deutscher Rechtsgewohnheit und Nationalität, ent-

spricht, welche daß Wesen über die Form stellt. Ich stelle diese Behauptung jedoch nur für das bürgerliche Rechtsverfahren auf. Im Strafverfahren wo das Princip des unbeschränkten Strebens nach Wahrheit möglichst Geltung behalten muß, von Verzicht mit bleibendem Erfolge, peremtorischer Wirkung der einzelnen Abschnitte des Verfahrens eben so wenig die Rede sein kann, wie von formalem Rechte mit dem Erfolge der Unabänderlichkeit überhaupt, ergiebt sich aus den Grundprincipien des Strafsrechts die vorherrschende Geltung der mündlichen Verhandlung vor dem entscheidenden Gerichte und deren wesentlich verschiedener Character als consequente Folge von selbst.

Die Rechtfertigung dieser ausgesprochenen Sätze erfordert ein specielleres Eingehen in das System des französischen Proceßrechts mit seinen Consequenzen, so wie in die Folgen des von mir in Schutz genommenen Systems. —

An die Grundidee, auf welche das Gebäude des französischen bürgerlichen Processes aufgerichtet ist, nämlich daß der eigentliche Proceß in der gleichzeitigen mündlichen Verhandlung beider Parteien vor dem entscheidenden Richter besteht, daß der Richter unbekümmert um das in der vorangegangenen schriftlichen Verhandlung Enthaltene nur das bei seiner Entscheidung berücksichtigt, was und wie es in dieser Audienz mündlich vorgebracht und worüber seine Entscheidung begehrt wird, in der Regel nie weiter, also an dieses System absolut vorherrschender Mündlichkeit, hat die französische Gesetzgebung, wie schon zuvor angedeutet worden consequenterweise nachbemerkte Folgen durchgreifender Wichtigkeit geknüpft.

1) Außergerichtliche Proceßinstruktion.

2) Mangel peremtorischer Wirkung der Verhandlungsfristen und Mangel des Eventualprincips.

3) Formalisirung des Urkundenbeweises, Beschränkung des Zeugenbeweises und Mangel eines die Beweislast und den Beweissatz festsetzenden, die Beweisführung in einen besondern Abschnitt des Verfahrens einschließenden, Beweisinterlocuts.

4) Selbstständige Stellung der Appellationsinstanz ohne Beschränkung auf das in erster Instanz Vorgebrachte.

Daß dieses System den Interessen einer geordneten Rechtsverwaltung nicht entspricht! das ist der wichtige Satz, dessen Rechtfertigung die nachfolgende Darlegung bestimmt ist.

Zu 1). Ich habe mich bereits in einer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 6 — Heft 2 erschienenen Abhandlung gegen außergerichtliche Proceßinstruktion ausgesprochen, und ich bin durch die wenn gleich der Rechtfertigung entgegenstehender Ansicht zugewendete Darstellung Dernburgs in dieser Ueberzeugung nur noch mehr bestärkt worden.

Bei einer sorgfältigen Prüfung der an diese Form der Proceßverhandlung sich knüpfenden Folgen muß man zur Ueberzeugung gelangen, daß bei einem solchen Systeme die Gediegenheit der Entscheidung nichts gewinnen kann, an dieses System Verschleppung und größere Kostspieligkeit nothwendig sich knüpfen müssen, eben weil die außergerichtliche Proceßinstruction ihrem Grunde und Zwecke nach mit der peremtorischen Kraft der Termine und dem Eventualprincipe in Widerspruch steht, und daß diese durchgreifenden Nachtheile durch die beschränkte Proceßdirection des Gerichtspräsidenten so wie durch das Fragerecht der Richter und Parteien nicht beseitigt werden können.

Die außergerichtliche Proceßinstruction beruht wie schon angedeutet worden, auf dem Grundgedanken, daß der eigentliche Proceß in der Mündlichen gleichzeitigen Verhandlung beider Parteien vor dem entscheidenden Gerichte besteht. Eine Bestimmung: daß die Parteien in den Verhandlungen vor dem Gerichte nur dasjenige vortragen und beantragen können, was sie in der außergerichtlichen Verhandlung vorgebracht haben, würde sonach einen Widerspruch gegen Grund und Zweck dieser außergerichtlichen Instruction so wie gegen die Grundform vorherrschender Bedeutung der mündlichen Verhaltung enthalten, überdieß nur mit großen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten durchzuführen sein.

Auch bei dieser außergerichtlichen Proceßinstruction wird im französischen Processe viel geschrieben. Die Verhandlung beginnt überall mit einer schriftlichen Ladung, welche die Eigenschaft eines Klaglibells und einer Ladung vereinigt, sie muß beide Parteien und den Gegenstand genau bezeichnen, den thatsächlichen Grund der Klage und den Klageantrag bestimmt angeben, auch den Rechtsklagegrund andeuten. Im ordentlichen, nicht summarischen, Verfahren findet sich schriftliche Erklärung und Replik, Einreichung einer kurzen schriftlichen Entwickelung der factischen und rechtlichen Momente des Rechtsstreits mit förmlichem Schlußantrage von Seiten jeder Partei an das Gericht vor Beginn der Sitzung, schriftliche Einreichung eines jeden weiteren während der mündlichen Verhandlung gestellt werdenden Antrags, bei allen Incidenzpunkten schriftliche Zustellung und Vertheidung, Aufzeichnung aller im Laufe des Verfahrens aufgenommen werdenden Beweise wie Augenscheine, Gutachten Kunstverständiger, Vernehmung von Zeugen. Im summarischen Verfahren aber finden außer der Klage schriftliche Eingaben an den Präsidenten wegen Incidenzpuncten, und in appellabeln Sachen Aufzeichnung der erhoben werdenden Beweise statt.

Auf die Frage, wie viele Handlungen jeder Partei im Vorverfahren gestattet und wie lange Fristen dazu bestimmt werden sollen? ist der Charakter der Proceßinstruction ohne Einfluß. Diese Frage hat ihre Entscheidung zu finden nach dem Erforderniſſe genügender Vertheidigung und nach Gründen der Gesetzgebungspolitik. Ebenso hat der Charakter der Vorverhandlung keinen Einfluß auf die Frage: ob im summarischen Processe mit Zustellung der Klage beide Parteien sogleich ohne weitere Vorverhandlung zur mündlichen Verhandlung in die Audienz geladen werden sollen.

Der französische Proceß hat also schriftliche außergerichtliche Vorverhandlungen, die viel Zeit und Kosten in Anspruch nehmen, aber bei dem ihnen in der Regel beigelegten unverpflichtenden Character auch ihrem beschränkten Zwecke nur nothdürftig entsprechen können. Man macht dem deutschrecht=

lichen Processe mit Recht den Vorwurf, daß er sich in zu abgemessenen, vervielfältigten tempo's, also zu schlendrianmäßig in einem zu sichern langsamen Gange voranbewege, allein mit eben so vielem Grunde verdient der französische Proceß den mit mindestens eben so nachtheiligen Folgen verknüpften Vorwurf der Verstattung verderblicher Verschleppung, endloser Zerrissenheit und Erneuerung. Die Mängel des gemeinrechtlichen deutschen Processes sind in den Particulargesetzgebungen größtentheils gemildert und können durch weitere Verbesserungen, insbesondere durch die Zugabe der Mündlichkeit, noch völlig beseitigt werden; die nachtheiligsten Gebrechen des französischen Processes dagegen sind unzertrennlich an das französischrechtliche System vorherrschender Entscheidung der mündlichen Verhandlung geknüpft, können darum nicht verbessert werden, soferne dieses System nicht wesentlich geändert wird.

Die richterliche Proceßdirektion im französischen Processe beschränkt sich auf Leitung der mündlichen Verhandlung um Verschleppungen vorzubeugen. Es gehört dahin die Sorge der Verhandlung eine zweckentsprechende Richtung zu geben. z. B. durch das Verlangen der alsbaldigen Vorlage angerufener Urkunden, durch genaueres Articuliren von Thatsachen, und der Anträge natürlich innerhalb der gesetzlichen Berechtigung und Verpflichtung der Parteien und der Grundprincipe der Gesetzgebung. Es gehört ferner dahin das Streben nach Verbindung mehrerer vereinzelten Proceduren, Trennung derselben, das Verordnen wechselseitiger Insinuation von Beweismitteln und dgl., diese Proceßleitung kann aber, da sie sich auf die vorbereitenden schriftlichen Parteihandlungen nicht erstreckt und sich innerhalb der Grundansichten und des ganzen Systems der Gesetzgebung zu halten hat, eben so wie das richterliche Fragerecht nur von geringer Bedeutung sein.

Zu 2. Mit dieser außergerichtlichen Proceßinstruktion und dem Grundsatze vorherrschender Geltung der mündlichen Verhandlung steht in einigem Zusammenhange der Mangel

an peremtorischer Wirkung der Verhandlungsfristen und der Mangel an Aufnahme des Eventualprincips mit seinen, das ganze Verfahren durchdringenden Folgen.

Der französische bürgerliche Proceß kann bekanntlich aus dem Code de procedure, wegen dessen unsystematischer Abfassung und Unvollständigkeit nicht erlernt, es kann durch das Studium dieses Gesetzbuchs ein klares Bild des Verfahrens und dessen Grundzüge nicht gewonnen werden. Ich lege darum meinen weiteren Beurtheilungen die Darstellung des vorbenannten französischen Rechtsgelehrten in seiner oben erwähnten Abhandlung zu Grunde, der in dieser Darlegung des bestehenden französischen Proceßrechts als Autorität gelten kann.

Nach dem Geiste des französischen Proceßsystems mangelt es in dem ganzen Verfahren bis zum Endurtheile, wenige Ausnahmen abgerechnet, an aller formalen Schranke. Der von dem Kläger in seiner Klage so wie in seinen dem Gerichte überreichten Conclusionen gestellte Sache Antrag kann zu jeder Zeit, selbst während der mündlichen Verhandlung, geändert werden. Es besteht also das Recht der Klageänderung, wenn gleich in seinem Umfange nicht unbestritten, indem der Code de procedure keine Vorschrift hierüber enthält. Alle Rechte können während der mündlichen Verhandlung im ganzen Processe noch geltend gemacht werden, welche aus dem in der Klage angedeuteten Rechtsverhältnisse fließen, selbst wenn zu einer andern Art von Klage übergegangen wird. Es kann von einer angestellten Mandatsklage zu einer actio negotiorum gestorum, von einer auf Erfüllung eines Vertrags angestellten Klage zur Klage auf Auflösung desselben übergegangen, bei angestellter vindicatio dem angeführten speciellen Eigenthumserwerbsgrunde ein anderer Erwerbsgrund substituirt werden. Die Klagebitten können während des Processes durch neue Mittel unterstützt, modificirt und erweitert, es können während des Processes neu erwachsene Zinsen, Pächte neu eingebracht werden, alles dieses jedoch nur nicht in Abwesenheit des Beklagten, sondern entweder nach

29*

vorheriger Insinuation an den Beklagten oder in dessen Gegenwart vor den Schranken des Gerichts. Noch ungebundener ist der Beklagte in dem Vorbringen seiner Vertheidigung.

Das französische Proceßrecht unterscheidet im Formalen der Vertheidigung zwischen der Vertheidigung gegen das Verfahren und der Vertheidigung in der Hauptsache. Zu den Vertheidigungsmitteln der ersten Art gehören a) die Cautionseinrede, b) die Einreden wegen Unzuständigkeit, Rechtshängigkeit und Connexität, c) die aus der angeblichen Nichtigkeit eines Gerichtsvollzieheracts, überhaupt eines Proceßacts abgeleiteten Einreden, d) die sonstigen dilatorischen im Gesetze bezeichneten Einreden.

Diese Einreden müssen in der bezeichneten Reihefolge vor der Einlassung auf die Hauptsache vorgebracht werden und befreien hiervon. Eine eventuelle Verbindung dieser Einreden unter sich so wie mit der Einlassung ist erlaubt, aber nicht geboten.

Ueber diese 4 Gattungen von Einreden können sonach vier Vorprocesse nach einander geführt werden, ehe es zur Einlassung kommt. Die Vertheidigung in der Hauptsache besteht in der Einlassung und in den eigentlichen — deutschrechtlichen peremtorischen — Einreden. Für das Vorbringen dieser Einreden ist keine Reihefolge vorgeschrieben, alle diese Mittel können in beliebiger Ordnung gleichzeitig oder nach einander vorgetragen werden, so lange das Gericht sein Endurtheil noch nicht gesprochen hat.

Das Gericht bestimmt nach erfolgter Entscheidung über eines oder mehrere dieser Vertheidigungsmittel dem Beklagten keine Frist zum Vorbringen der weiteren, das Gericht beschränkt sich immer auf die Entscheidung über das Vorgetragene und berücksichtigt im Endurtheile nur dasjenige, was bis dahin, wo solches erlassen werden kann, vorgetragen ist. Für den Gebrauch derjenigen Einreden welche der Beklagte bis dahin nicht vorgetragen hat, findet sich im Processe in dieser Instanz kein Raum mehr, jedoch ist der Beklagte damit nicht präcludirt. Als weitere Folge des Charakters der

außergerichtlichen Proceßinstruktion und der ungebundenen nicht peremtorischen Form der mündlichen Verhandlung und der Einlassung erscheint die im Tit. 15. der bürgerlichen Proceßordnung jeder Partei gegebene Befugniß, die Gegenpartei in jeder Proceßsache, in jeder Lage derselben über erhebliche Thatsachen und Artikel welche bloß den Gegenstand des Streits betreffen mit bestimmter Erklärung unter dem Rechtsnachtheile des im Ungehorsamsfalle angenommen werdenden Zugeständnisses nach vorgängigem schriftlichen Antrage und darauf ergangenem Urtheile vernehmen zu lassen. Diese Vernehmung über Thatsachen und Artikel soll zwar nach dem Gesetze ohne Verzögerung des Verfahrens und der Entscheidung erfolgen, allein es ist nicht abzusehen, wie solches Zwischenverfahren überall ohne Hemmung der Hauptsache stattfinden kann. Wo eine schriftliche Vorverhandlnng mit peremtorischer Wirkung der Fristen und der Verbindlichkeit practischer Beantwortung der thatsächlichen Anführungen des Gegners unter dem Rechtsnachtheile des sonst angenommen werdenden Zugeständnisses stattfindet, da hat diese abgesonderte Vernehmung weder Gegenstand noch Zweck, und es können die etwaigen selten vorkommenden Unbestimmtheiten in den Erklärungen der Parteien durch ein in der mündlichen Verhandlung zu verstattendes Fragerecht beseitigt werden.

Mit diesem Mangel an peremtorischer Wirkung der Fristen und an Eventualprincip steht ferner in Verbindung die Zulässigkeit der maaslosen Incidenzgesuche. Unter diesem Gesichtspunkte können nach französischem Proceßrechte die Klageänderung, die Klagezusätze, die Rekonvention, jedes Nichtigkeitsmittel gegen das Rechtsverhältniß wegen Betrugs, Irrthums, Furcht, Minnorennität, Mangels an Autorisation, gegen die Beweismittel, die Einreden der Praeskription, des Vergleichs u. dgl. vorgebracht werden, natürlich so lange das Endurtheil noch nicht ergangen ist. Der Code de procedure schreibt in dem art. 337. 338. vor:

„Die Incidentgesuche werden durch einen blosen Act vorgebracht, der Beklagte bei dem Incidentpunkte antwortet durch

einen blosen Act. Alle Incidentgesuche sollen zu gleicher Zeit vorgebracht werden, jedoch trifft die Partei, welche dieser Vorschrift nicht genügt nur der Nachtheil, daß die Kosten derjenigen, welche nachträglich vorgebracht werden und für welche die Gründe zur Zeit der ersten schon vorhanden waren nicht zurückgefordert werden können. Ueber Incidentgesuche wird vorabentschieden, wenn der Fall sich dazu eignet."

Als Folge dieses Mangels richterlicher Proceßleitung und peremtorischer Kraft der Termine erscheint es endlich, daß im Gantverfahren keine mit Präclusivwirkung versehene Edictalladung der Gläubiger ergeht, dem Gantverfahren somit der Charakter der Universalität und Gleichgültigkeit mangelt mit dem Erfolge endloser Zersplitterung und Wiederhohlung.

Zu 3. Als weitere Folge des zuvor angedeuteten Systems des französischen Proceßrechts erscheint der Mangel eines richterlichen Beweisinterlokuts im Sinne und Erfolge des deutschen Proceßrechts, so wie die Beschränkung des Zeugenbeweises.

Wo den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln vor dem Endurtheile nirgends eine formal feststehende Gränze gezogen ist, da kann auch ein Beweisinterlokut mit rechtskräftigem Erfolg und einer peremtorischen Beweisfrist nicht Platz greifen, ein förmlicher Beweisabschnitt nicht bestehen. So wie im französischen Processe der Richter in der Regel die Vornahme keiner Parteihandlung und darum auch keine Fristen für deren Vornahme vorschreibt, sondern nur darüber entscheidet was ihm vorgelegt wird, so ist es auch mit dem Beweise.

Der häufigste Beweis ist der Urkundenbeweis, er wird in der Regel mit der Aufstellung einer Behauptung sogleich verbunden. Der Kläger muß mit der Klage Abschrift derjenigen Urkunden mittheilen, auf welche die Klage sich gründet, widrigenfalls er, wenn sie erst während der späteren Verhandlung beigebracht werden die Kosten der Abschriften nicht aufrechnen darf.

Eine Abschrift der zum Beweise der Einreden gebraucht werden wollenden Urkunden braucht der Beklagte seiner Erklärung nicht beizuschließen, es genügt die Erklärung, daß er bereit sei, solche zur Einsicht in Original vorzulegen. [3])

In der Sitzung des Gerichts hat jede Partei, welche aus einer ihr widersprochenen Behauptung Rechte ableiten will, zugleich sich zu erklären, daß und wie sie beweisen will, und wenn sie mit Urkunden Beweis, zu führen beabsichtigt die Urkunden vorzulegen. Unterläßt sie dieß und entspricht der etwaigen Aufforderung des Präsidenten zur Vorlage ihrer Urkunden nicht, so hat sie zu gewärtigen, daß sie, so weit das Gericht sie beweispflichtig hält mit ihrem Gesuche ohne weitere Beweisauflage abgewiesen wird. Das Gericht erkennt in der Regel nicht auf Beweis wenn kein Antrag deßhalb gestellt ist. Für alle Beweismittel bleibt das Recht des Gebrauchs so lange offen als der Proceß nicht abgeschlossen ist, also bis zur Definitivsentenz. Wenn die beweisenwollende Partei den unternommenen Urkundenbeweis für unzulänglich erkennt, so kann sie alsdann den Beweis mit Zeugen so weit solcher zuläßig ist versuchen, sie muß jedoch deßfalls Antrag stellen und wenigstens im ordentlichen Processe die Thatsachen, welche sie beweisen will, articuliren. Sie unterliegt in der beliebigen Beweisführung nur der einzigen Zeitbeschränkung, daß sobald auf Zulassung des Zeugenbeweises vom Gerichte erkannt ist und die Thatsachen richterlich festgesetzt sind, worüber der Zeugenbeweis vollführt werden soll, der Antrag auf wirkliche Abhör von dem Beweisführer in bestimmter Frist gestellt werden muß. [4])

Von Amtswegen kann das Gericht Beweis durch Augenschein und Sachverständige anordnen, auch in dem Ur-

---

3) Feuerbach, Betrachtungen über die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit Bd. II. S. 249.

4) Für den Aechtheitsbeweis so wie für den Beweis durch Augenschein und Sachverständige hat die Gesetzgebung solche Zeitbeschränkungen nicht aufgenommen.

theile, wodurch die Zulässigkeit des Zeugenbeweises erkannt wird ohne Antrag den Beweis der Thatsachen bestimmen, welche ihm erheblich erscheinen, also von Amtswegen ihm relevant scheinende Thatsachen in sein Beweiserkenntniß aufnehmen, überhaupt den Beweis der gestellten Behauptungen nach seinem Ermessen verlangen, alles dieses wenn das Gericht will; und so weit das Gesetz dieß nicht verbietet. [5]) Jeder Partei bleibt es also überlassen zu prüfen ob und wie weit sie beweispflichtig ist, und dem Richter die deßfallsigen Beweise zu erbringen resp. die darauf bezüglichen Anträge zu stellen. Versäumt sie dieß bis zum Momente wo die Definitivsentenz erlassen wird, so wird sie mit ihrem Sachegesuche abgewiesen, ohne daß sie jedoch mit dem Beweise praecludirt ist.

Zu 4. Eine weitere consequente Folge der angedeuteten Grundansichten und Construction des französischen Processes ist die selbstständige, völlig von derjenigen im deutschen Proceßrechte verschiedene Stellung der Appellationsinstanz.

Die Appellation wird eingelegt durch eine gerichtsbotliche Ladung. Nach erfolgter Anwaltsbestellung läßt der Appellant dem appellatischen Anwalte seine Beschwerden gegen das Urtheil zustellen, der Appellat antwortet und es wird alsdann die Sache wie in erster Instanz in die Audienz gebracht, wo das Verfahren dasselbe wie in erster Instanz ist. Da in der ersten Instanz keine Präclusion eingetreten ist, so folgt hieraus von selbst, daß neue Gesuche vorgebracht werden können wie sie in erster Instanz nochzuläßig gewesen wären mit sehr wenigen Beschränkungen, namentlich aber alle neue Einwendungen gegen die Hauptklage und neue Beweismittel noch zugelassen werden. — Das hier dargelegte System des französischen bürgerlichen Processes ist eine consequente und nothwendige Folge der Ausführungsweise des Princips der Mündlichkeit; die Mündlichkeit in ihrer absolut vorherrschenden Bedeutung ist der das ganze durchdringende

4) Art. 254. C. de proc.

herrschende Gedanke. Für die Rechtsvertheidigung und deren Umfang in der Rolle des Klägers und Beklagten peremtorische Wirkung der Termine mit dem hieran geknüpften Eventualprincip erfordert, wie schon angedeutet, zur Möglichkeit der Durchführung beweiskräftige und verbindliche vorgängige und nachfolgende Aufzeichnung des beidertheiligen Vorbringens im Thatsächlichen und der Gesuche. Mit diesen Grundprincipien des deutschen Proceßrechts ist zwar die mündliche Verhandlung und zwar mit hochanzuschlagendem vortheilhaftem Erfolge vereinbar, allein die Ausführungsweise kann hierbei nicht die des französischen Proceßrechts sein. Sollen diese Grundprincipe des deutschen Proceßrechts beibehalten werden, so muß der schriftlichen Verhandlung resp. der protocollarischen Aufzeichnung ein verpflichtender und entscheidender Charakter beigelegt, dem schriftlichen wie dem mündlichen Vortrage neben einander gleiche Bedeutung verliehen werden. Da die Mündlichkeit nicht der Zweck des Verfahrens sondern nur eine Form desselben, aus dem Gesichtspunkte eines Mittels für Erreichung eines höheren Zwecks aufzufassen ist, so läßt sich die Frage, welche der beiden Ausführungsweisen der Mündlichkeit eine Gesetzgebung aufnehmen soll, in die Frage auf welche der beiden Formen am meisten die Interessen und Zwecke der Rechtspflege fördert.

(Schluß im nächsten Hefte.)

XVIII.

Ueber den neuesten Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf Uebergang des Grundeigenthums und Hypothekensystems mit Beziehung auf die neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Frankreich, Belgien, England und Deutschland.

Dargestellt von

Mittermaier.

Alle Verbesserungen unserer Zustände sind vergeblich, wenn nicht gewisse, tief eingreifende gesellschaftliche Grund-